

POR D. ESTEFANIA

DE ERASO GALINDO Y AGVILAR, vezina de la Ciudad de Ezija.

EN EL PLEYTO

CON D. ESTEVAN DE ERASO Y TAPIA, vezino de la Ciudad de Truxillo.

(*.*) *SOBRE* (*.*)

El cumplimiento de vna Real Executoria de el Consejo.

PARA mejor inteligencia de los articulos sobre que se ven estos autos, y sobre que se sigue el pleyto, se supone. Que Alonso de Eraso, en virtud de poder de doña Maria Galindo su muger fundô mayorazgo por ante Iuan de Melgar, Escriuano publico de la Ciudad de Ezija, en 25. de Iunio del año de 1546. de los bienes que se mencionan en la fundacion, en la qual hi-

hizo llamamiẽto en primero lugar â fauor de Luis de Eraſo ſu hijo mayor, y ſus deſcẽdientes, deſpues de cuya linea llamò la de Miguel de Eraſo ſu hijo ſegundo, y deſpues deſta, la de Chriſtoual de Eraſo, hijo tercero, con las condiciones, y grauamenes q̃ ſe expreſſan en la dicha fundacion.

Tambien ſe ſupone que el dicho Luis de Eraſo, primero llamado, ſucediò en eſte mayorazgo, y ſe continuô en ſu linea de varon en varon, haſta don Antonio de Eraſo; y que por ſu muerte ſe le diò por la Iuſticia de la Ciudad de Ezija la poſſeſsion de los bienes del dicho mayorazgo â doña Eſtefania de Eraſo, nieta de el dicho don Antonio, hija de don Chriſtoual de Eraſo, ya difunto; y que deſpues ſe introduxo pleyto, y demanda de tenuta en el Real Conſejo, pretendiendo la poſſeſsion don Eſteuan de Eraſo y Tapia, como deſcendiente de varon en varon de Miguel de Eraſo, hijo ſegundo, y llamado de Alonſo de Eraſo, Fundador, y que ſe contradixo por la dicha doña Eſtefania, como hija de don Chriſtoual de Eraſo, hijo mayor del dicho dõ Antonio, vltimo poſſeedor; y que auiendoſe diſceptado ſobre la adminiſtracion de los bienes, por auto de viſta, y reuiſta ſe le diò à la dicha doña Eſtefania: y viſto el pleyto ſobre lo principal, obtuuo ſentencia de tenuta en forma el año paſſado de 64. por la qual ſe le mandò dar abſolutamente la poſſeſsion de los bienes de doña Maria Galindo, de que auia fundado mayorazgo Alonſo de Eraſo; y en virtud de la Executoria que deſta ſentẽcia ſe librô, ſe le diô la poſſeſsion por la Iuſticia de Ezija de todos los bienes comprehendidos en la fundacion de el mayorazgo, los quales eſtâ poſſeyendo actualmente la dicha doña Eſtefania.

Suponeſe tambien, que auiendoſe remitido el pleyto en juyzio de tenuta, en quanto à los bienes de Alonſo de Eraſo, de que aſsimiſmo pretendia doña Eſtefania la poſſeſsion, como de los de doña

Ma-

Maria Galindo, huuo sentencia de tenuta en fauor del dicho don Esteuan de Eraso, por la qual se le mãdò dar la possession limitadamente de los bienes q̃ liquidare auer sido de Alonso de Eraso, como se expressa en la dicha sentencia, que dize: *Y los dichos bienes que fueron del dicho Alonso de Eraso, de que se manda dar la tenuta al dicho don Esteuan de Eraso, sean los que en execucion de la carta executoria desta sentencia se liquidaren.*

Esto supuesto, requiriò don Esteuan de Eraso con la Executoria que de la dicha sentencia de tenuta se le librò, y pidiò su cumplimiento, y en su virtud llanamente la possession de todos los bienes, de que se compone este mayorazgo, especificandolos en la peticion en que requiriò con la Executoria: y auiendose pedido traslado por doña Estefania, se intentò se acumulasse la Executoria del dicho don Esteuan â la suya, y á los autos de la possession que en su virtud se le auia dado de los bienes deste mayorazgo. Acumulose vna Executoria â otra, y acumuladas, y dadoles cumplimiento, se proueyò auto, mandando que las partes liquidassen, y probassen lo que les conviniesse: de este auto se apelò por doña Estefania en lo perjudicial, por no tener obligacion â probar; y por el dicho don Esteuan se insistiò (consentido el auto) ya no en que se le auia de dar la possession de todos los bienes del dicho mayorazgo, como al principio auia pedido, sino de la mitad de los dichos bienes, porque se presumian propios de Alonso de Eraso; y saliò contradiziendo la possession que de todos tiene tomada doña Estefania de Eraso.

Vense los autos sobre dos articulos que tienen tanta conexion, que porque no se confundan sub in volucro, se diuidirân en este papel.

En el primero se funda, que don Esteuan de Eraso, sin liquidar quales bienes sean de Alonso de Eraso, no puede pretender possession de algunos.

Y en

Y en el segundo, que no puede contradezir la possession que de los bienes deste mayorazgo tiene la dicha doña Estefania de Eraso.

ARTICVLVS I.

1 NO cae en disputa que para executar la sentencia de el Consejo, inserta en la carta Executoria, despachada á don Estevan de Eraso, y darle possession de los bienes de Alonso de Eraso, á de liquidar primero quales sean, porque esta liquidacion es calidad, y aun sustancia de la sentencia, y de la comission que por la dicha Executoria se libra para su execucion, y cumplimiento; y qualquiera comission es stricti iuris. Azeved. *cons.*27. *num.* 1. Gonçalez, *ad Regul.* 8. *Cancel. glos.* 37. *num.* 39. Dom. Valençuel. Velazq. *cons.*43. *tom.* 1. *nu.* 154. & *cons.* 177. *num.* 15. & 16. *tom.* 2. Y assi se deue cumplir a la letra, sin poderle dar extension, porque el Iuez recibe la juridicion strictissimê por la comission, cuyos limites, ni forma, no puede alterar, ni exceder: *l. diligenter, ff. mandati, cap. cum dilecta, de rescript. l. quicumque, C. de executoribus, & exactoribus, lib.* 12. ibi: *Hoc tantum potestatis arripiat, quod mandatum cura sua specialiter approbetur: l.* 20. *tit.* 4. *partit.* 3. ibi: *E este tal à poderio de librar, è de oir el pleyto en la manera que el Rey le mandò, è non en otra.* Et DD. vbique D. Ambros. *in lib. de Paradiso*, ibi: *Si quid addas, vel detrahas prævaricatio videtur esse quædam mandati; simplicitèr enim & pura mandati forma tenenda est, vel testimonij series intimanda.* Dom. Salgad copiosê, *in cap.* 3. *part.* 4. *de Regia protect. ex num.* 38. *cum mult. sqq.*

2 ¶ No varia la juridiciō limitada de executar la disputa que en los terminos deste pleyto se pudiera tratar, sobre si el Corregidor de la Ciudad de Ezija, à quien se cometiò la execucion de la sen-

ten-

tencia de tenuta del Consejo, se deuè tener por Iuez delegado, ò por ordinario, porque aunque sea ordinario, vt ex Noguer. *allegat.* 15. *num.* 7. no dexa de ser Iuez Executor: y aunque con juridicion ordinaria, no puede exceder los limites, y forma de la sentencia del Consejo, vt in terminis Dom. Salgad. *de Regia protect. part.* 4. *cap.* 3. *num.* 107. ibi: *Quæ doctrina respectu iurisdictionis rectè procedit, at respectu sentētia, quam ipse met iudex ordinarius exequitur benè dicitur, & potest excedere, cum sententia certis limitibus, ac finibus concludatur.* Et copiosè *dict.* 4. *part. cap.* 4. *ex num.* 9. *cum sequentib.* Y assi se deue regular como excesso lo en que se alterare la dicha sentencia.

3 ¶ Y ya sea condicion, ya modo la liquidacion que se manda hazer de los bienes de Alonso de Eraso, para darle possession en ellos à don Esteuan, à de preceder a la dicha possession, porque esta no se puede dar sin que aya bienes en que se sugete; y no se manda por la sentencia del Consejo dar en algunos, sino en los que se liquidaren en la execucion ser de Alonso de Eraso: *Et hinc est* (dize el señor Salgado, 4. *part. cap.* 13. *num.* 46.) *quod si sententia lata est, sub conditione, vel modo semper opponi potest de deffectu ipsius conditionis, vel modi non impleti.* Porque como la accion que se intenta para executar la sentencia, nace de la misma fuente que la limitaciō de su execucion; el mismo que la pide, se impide con la liquidacion que deue hazer para que se execute: & tunc agens non tam ab alio, quam à semetipso repellit intelligitur, vt per Bald. *in l. ex his prædijs, num.* 1. *C. de euict.* Que sin liquidar los bienes, no se puede proceder à la possession, pues no puede darse qualidad sin sugeto, ni sin sustācia: *l.* 4. §. *fin. ff. de actionib. empti, cum vulgat.* Y hasta que nazcan, y se produzgan los bienes de Alonso de Eraso, con la liquidacion que de ellos se haga, no ay en que darle pos-

 sess-

sessión â don Esteuan : argument. *l. si prægnantem, ff. de collat. bonorum*, ibi: *Interim cessat collatio, nam antequam nascatur, non potest dici in potestate morientis fuisse.*

4 ❡ Y aunque es disputable si prepostérandose el orden, y forma de la comisión, se causa excesso, ô grauamen, para que lo actuado, ò sea apelable, ô nulo. La mas verdadera, y seguida opinion (y assi lo defiende el señor Salgado, *de Regia protect. part. 4. capit. 13. ex num. 3. & capit. 3. dict. 4. part. à num.* 101. Mayormente siendo la forma que se prepostera data ab homine, vt in *num. 9. dict. cap. 13.*) es, que excede notoriamente el Iuez, y que es nullo ipso iure lo actuado; porque en lo que obrare sin guardar la forma determinada de la comision, dexa de ser Iuez, y procede como particular, assi como el Iuez que tiene juridicion determinada, y limitada a tal territorio en saliendo de sus terminos, y entrando en otro, cessa la juridicion, y se halla como particular, Dom. Salgado, *dict. capit. 3. part. 4. numer. 57. cum multis sequentib.* Y esto, præcipuè, si el orden que se prepostera es de la misma causa, circa eamdem causam, adonde el orden habetur ad instar ordinis membrorum in vno corpore indiuiduo, que subuertiendose vn miembro principal antes, ô despues de otro, se destruye, y disloca todo el cuerpo, vt in expresso tenet Bald. *in l. prolatum, numer. 9. C. de sentent. & interlocut. omnium iudic.*

5 ❡ Bien que don Esteuan de Eraso querrà que el Iuez pueda, declarandola, interpretar la comision que se le libra por la Real Executoria, y que en consequencia de esto, por la duda que dize ay en quales bienes sean de Alonso de Eraso, y quales de doña Maria Galindo, los presuma por mitad de ambos; y con esta presumpcion tenga por liquidados la mitad de los bienes de este mayoraz-

go por propios de Alonso de Eraso, para darle en ellos possession en virtud de su Executoria; fundado en que el Iuez puede declarar interpretatiuè su comission, vt per Gratianum, *disceptat. forens. tom. 2. capit. 333. num. 3. & sequentib.* Sigismund. Scacia, *de appellationibus, quaest. 7. limitat. 10. numer. 55.* Auiles, *in capit. Praetor, in prooemio, numer.* 19. ex text. *in l. ab executore 4. ff. de appellationibus*, & alijs quos congerit Dom. Salgad. 4. *part. cap. 10. num. 7. & seqq. de Reg. protect.*

6 ¶ Pero en los terminos de esta Executoria no puede el Iuez, con proceder a la possession, interpretar la comission sin excesso (aunque dentro de los limites de ella) porque ò la duda cae sobre el animo de el Consejo, que mandô despachar la Executoria en cumplimiento de la sentencia, ò sobre la inteligencia della, ò sobre el derecho de que se trata en su execucion.

7 ¶ Si lo primero, y cae la duda (que no ay alguna) sobre el animo del Csejo, esta es controuersia de voluntad mera, y solo el Consejo la puede declarar, vt per D. Salg. *de Reg. protect. part. 4. cap. 12. num. 7.*

8 ¶ Si lo segundo, y la duda cae sobre las palabras de la sentencia, son tan claras, que no admiten alguna, ni interpretacion: *l. licet Imperator, ff. de legat. 1. cum vulg.*

9 ¶ Y si lo tercero, y se quiere cargar la duda sobre el derecho para la execucion de la dicha sentencia, conforme a êl se deuen declarar, ê interpretar (quando necessitaran de esto sus palabras) como ellas suenan, y con el motiuo que el Consejo tuuo para ponerlas (que se ponderarà adelante); que esta interpretacion dicitur interpretatiua iuris, y se deue hazer iuxta sensum iuris. Domin. Salgad. *dict. capit. 12. part. 4. num. 60. & sequentib.*

Con-

10 ¶ Conduze á que en las palabras de la sentencia no ay duda, ni necessiten de interpretacion la superfluidad que en ellas, mayormente siendo de el Principe deue euitarse; porque si en las palabras de la dicha sentencia huuiera duda (como se quiere) y por ella facultad para interpretarlas, dirigiendo su execucion a la mitad de los bienes de este mayorazgo, sin liquidar que aya algunos de Alonso de Eraso, que efecto les puede quedar a estas palabras de la sentencia? Que han de surtir en ella? Si en todo es preciso se desatiendan para sin liquidacion dar la possession que intenta a don Esteuan. Y si ningunas palabras deuen dexar de obrar efecto: *lege* 3. *ff. de iure iurando*, *lege final. ff. nequis in loco publico*, *capit. si Papa, de priuileg. in* 6. Craueta, *consil.* 23. *numer.* 3. Statil. Paciphic. *de Saluiano interdicto*, *inspection.* 3. *capit.* 1. *numer.* 29. Y antes se deuen impropriar, para que signifiquen, y obren efecto, que tenerse por superfluas: *lege si tam augusti*, *ff. de seruitutibus*, *lege si tibi*, *ff. si certum petatur*, *capit. si sententia, de sententia excommunicatione*, *in* 6. Caldas Pereyra, *de extint. emphytheos. capit.* 7. *numer.* 33. Para que las palabras de la dicha sentencia obren efecto alguno, no se les à de hallar duda para buscarles interpretacion, pues con ella quedarán sin surtir efecto, y estuuieran superfluas en la sentencia, y esto nunca es admissible.

11 ¶ Y quando lo fuera la interpretacion, solo pudiera el Iuez hazer la que verisimilmente tenga congruencia, y consonancia con las dichas palabras, no quitandolas con hazerlas superfluas, sino exponiendolas: vt ex Angel. Alexand. Paul. Castrens. & alijs tenet Dom. Salgad. *part.* 4. *dict. cap.* 12. *num.* 35. *&* 46. quia declaratio interpretatiua debet fieri, non perimendo, sed exponendo, quæ dicta sunt in *num.* 47.

Si-

12 ¶ Siguierase de lo contrario interpretacion correctiua, que solo el Principe puede hazerla, Dom. Salgad. *dict. cap.* 12. *num.* 23. y aunque fuera extensiua, no la podia hazer el Iuez en lo principal de la sentencia, por que solo se permite en lo accessorio, y sin alterar la sustancia, vt per eundem *dict. cap.* 13. *num.* 24. 39. & 40. y en el caso de este pleyto interpretar las palabras tan claras de la sentencia del Consejo, alterando la substancia, que es la liquidaciõ de los bienes de Alonso de Eraso, pues no ay otra cosa en que se mande executar, no fuera interpretacion si no excesso.

13 ¶ Las palabras de esta sentencia estân limitatiue puestas, para que de los bienes que se liquidaren en su execucion ser de Alonso de Eraso, se le dê la possession â D. Esteuan, y esta limitacion induze termino, de que no se puede exceder, y hasta que aya liquidacion de los dichos bienes, se tiene por incierta la sentencia, y no es executable en manera alguna, ita expresê D. Salg. *d. cap.* 13. 4. *part. n.* 37. & 38.

14 ¶ Dize don Esteuan, como fundamẽto (que no ha alegado otro) de la liquidacion que se le manda hazer por la sentencia de el Consejo, q̃ no consta quales bienes sean de doña Maria Galindo, ni quales de Alonso de Eraso, y que esta incertidumbre los haze partibles igualmente: ex *l.* 1. *tit.* 9. *lib* 5. *Recop.* y que con esta presuncion se liquida la mitad de los bienes deste mayorazgo por de Alonso de Eraso, para que se le dê la possession en ellos.

15 ¶ Y no repara en que esta presuncion está vencida por dos sentencias del Consejo, cada vna insuplicable. La primera, la que obtuvo Doña Estefania de Eraso, para que absolutamente se le diesse la possession de los bienes de este mayorazgo tocantes á doña Maria Galindo, sin obligarle à que en la execucion de la sentencia los liquidasse,

por que eſtauan ya liquidados en el diſcurſo de el pleyto principal. Y la ſegunda, la ſentencia que ganô el dicho don Eſteuan, con la limitacion, y calidad de auer de liquidar quales bienes ſean de Alonſo de Eraſo, porque eſtaua prouado en el miſmo pleyto principal no tener algunos; que ni la primera ſentencia ſe diera abſoluta, ni la ſegunda limitada, ſi el Conſejo huuiera eſtimado la preſuncion q̃ aora ſe pondera por liquidacion, para tener en duda los bienes deſte mayorazgo por de los dichos Alõſo de Eraſo, y D. Maria Galindo igualmente.

16 ¶ Y en particular, la limitacion, y calidad de la ſentencia de el dicho D. Eſteuan afirma, y haze diſpoſicion abſoluta en contrario, en fauor de la dicha doña Eſtefania: argum. *l. nam quod liquido, §. fin. ff. de pœnu legat. cum vulg.* Plin. Min. *lib. 1. Epiſtol. Adnota*, inquit, *quæ putaueris corrigenda: ita enim magis credam cætera tibi placere ſi quædam diſplicuiſſe cognouero.* Defiendelo en proprios terminos Dom. Valenç. Velazq. *conſ.* 155. *tom.* 2. *nu.* 30. y que lo modificado, y calificado por el Conſejo, confirma lo que no modifica.

17 ¶ Auiendoſe controuertido en el Cõſejo en el juyzio de tenuta ſobre cuyos fueſſen los bienes de que ſe compuſo eſte mayorazgo, ſe prouô por D. Eſtefania por diferentes medios que todos auian ſido de D. Maria Galindo, y que ningunos de Alonſo de Eraſo.

18 ¶ Prouôſe lo primero, con teſtigos cõcluyente, y plenamente, que los dichos bienes fueron proprios, y dotales de la dicha D. Maria, cuyos padres auian ſido muy poderoſos, y que Alonſo de Eraſo quando casô con la ſuſodicha, vino vn Cauallero foraſtero pobre, ſin que ſe le conocieſſen bienes: y aunque los teſtigos deponen de oidas de ſus mayores, deponen tambien de oidas de eſtos à los ſuyos, que es la forma regular de las prouanças en materias antiguas, como la de eſtos bienes, en q̃

àaui-

à auido transcurso de mucho mas de cien años; y no auiendose podido hallar instrumentos por vna, y por otra parte, es prouança concluyente: ex text. *in cap. licet ex quadam de testib.* y basta para prouar el dominio, vt per Mascard. *de probation. conclus. 547. per tot.* Farin. *de testib. libr. 3. tit. 7. quæst. 69. ex num.* 125. Dom. Valenç. Velazq. *cons.* 100. *num.* 36. *tom.* 1. porque siendo por tan antiguo dificil de prouar el dominio de estos bienes, se puede prouar por indicios, por fama, por presumpciones, y por qualesquiera leues prouanças, y aun por las enunciatiuas se puede, y se està a ellas quando no se hallan otras, vt penê infinitos referens tenet D. Valenç. *cons.* 105. *tom.* 2. *ex n.* 11. *cum seqq.*

19 ¶ Prouòse asimismo, que los dichos bienes eran de D. Maria Galindo, por ilacion clara, y argumento concluyente de vna clausula de su codicilo, otorgado en el año de 536. por la qual mãda el vsufructo de todos los bienes de que se fundò este mayorazgo â el dicho Alonso de Eraso, de que se infiere no ser proprios de el dicho; por que â serlo, ò algunos de ellos no se huuiera conformado cõ esta disposicion, ni acetadola, porque dize implicacion en el derecho ser vsufructuario de bienes q̃ fuessen suyos proprios: ex *l. vti frui, ff. si vsusfruct. petat. l. cum in fundo de iur. dot. l. in re communi, ff. de seru. vrbanor. præd.*

20 ¶ Y por el mismo hecho de auer acetado esta disposicion, y el vsufructo de estos bienes, se induze precissamente ser la propriedad de D. Maria Galindo: argum. text. *in l. quisquis, C. de donat. l. si quis argum. §. sed siquidem, ff. eod. tit.*

21 ¶ Comprouôse tambien lo referido con otra clausula de el mismo codicilo, por la qual mandò la dicha doña Maria Galindo pagarle à Alonso de Eraso su marido 400ꝧ. marauedis que traxo à el matrimonio; de que se infiere con euidencia, que no tenia otros bienes suyos; quia exceptio

fir-

firmat regulam in contrarium, ex *l. quæsitum*, §. *idem respondit. ff. de fund. instruct. cum vulg.*

22 ¶ Hizose mas fuerte esta prouança cõ la misma fundacion de mayorazgo, hecha por Alonso de Eraso, adonde despues de los llamamientos de sus hijos, y descendientes manda diuidir los bienes de el dicho mayorazgo: la tercia parte para Iuan de Eraso su hermano: y las otras dos tercias partes para doña Ysabel Galindo, hermana de su muger: desigualdad no de presumir, si fuera al menos la mitad de estos bienes de el dicho Alonso de Eraso, porque no auia de querer preferir el linage ageno à el suyo proprio, ni tal se presume, si no lo contrario: ex *l. cum acutissimi, C. de fideicom. l. generaliter, C. de institut. & substitut. l. cum auus, ff. de condit. & demonstr.* & in terminis probat Socin. Senior, *cons. 98. num. 3. lib. 3.* Bald. *cons. 40. libr. 3. num. 1.* Surd. *cons. 473. lib. 4. n. 14.* Pacian. *cons. 66. num. 16.*

23 ¶ Estos motiuos, y prouança adminiculada de presumpciones, tan inconvẽcibles, dieron à doña Estefania de Eraso la sentencia absoluta de possession de los bienes de el dicho mayorazgo, aunque se le mandò dar de los de Doña Maria Galindo, porque las prouanças influyen de tal suerte en la sentencia, y la declaran, que siempre se entiende, y regula en conformidad de las prouanças, que estas sirven de direccion, y guia para la sentencia. Dom. Valençuel. Velazq. *cons. 169. num. 39. 41. & 46. tom. 2.* quo fluit, que el no auer declaradose en la sentencia de la dicha Doña Estefania los bienes determinadamente, en que se le auia de dar la possession, fue porque estaua prouado ser todos de la dicha D. Maria; y assi con mandarle dar la possession de los bienes de la susodicha, se le mãdò dar de todos los de este mayorazgo, quia sententia ex mente probationum, & actorum appetitur, & declaratur: vt cum multis defendit D. Salgad. 4. *part. cap. 12.*

cap.12.nu.69. & quando sententia non habet causam expressam præsumitur lata, ex causa quę resultat ex actis, vt ex multis tenet Noguer. *alleg.27. num.49.*

24 ¶ Quando no estuuiera vencida la presumpcion de querer tener por bienes comunes de los dichos Alonso de Eraso, y su muger los de este mayorazgo, con prouança tan exuberante en cōtrario; quedara vencida con auerla D. Esteuan alegado repetidas vezes por diferentes escritos en el juyzio principal, que vienē insertos en la carta Executoria, y sin embargo auer mandado el Consejo darle la possession à doña Estefania, no de la mitad de los bienes, si no de los del mayorazgo absolutamente, y auersela mandado dar â el dicho D. Esteuan, no tampoco de la mitad de los bienes, si no de los que liquidare ser de Alonso de Eraso, con que sin duda quedò vencida esta presumpcion, y no se puede refricar en el juyzio de liquidacion, porque obsta la cosa juzgada. *Et eamdem quæstionem reuocat in iudicium*, contra la determinacion de la *l. duobus, ff. de exception. rei iudicat.* porque la cosa juzgada decide, y determina todo lo intentado en el juyzio, y deduzido en los autos, y aun lo no deduzido, si viene en consequencia de la cosa juzgada: es lugar decisiuo el de el señor Valenç. Velazq. *cons.68. ex num.3. tom.1.* tenet in simili D. Larrea, *decis. Granat.40. tom.1. n.81.* & est expressus textus l. si inter me de ff. de except. rei

25 ¶ Quedan tan vencidas las excepciones, las prouanças, y todos los autos con la cosa juzgada, que ni aun para otro juyzio distinto les queda fuerça alguna: es lugar en terminos el de Don Christoual de Paz, *de tenut. cap.32. ex nu.47. cum seqq.* adonde defiende, que el que litigò Nobleza con el Fiscal de su Mageستad, y obtuuo sentencia en su fauor, aunque por el Fiscal se huuiessen presentado algunos testigos que jurassen contra su Nobleza, ò limpieza, quedaron tan vencidos sus di-

 chos

chos con la executoria, que si despues el mismo litigante tuuiere merced de Abito, ò presentacion de Colegio mayor, no puede el informante examinar en esta segunda pretension los testigos que depusieron contra la calidad del pretendiente, y que aunque buelvan à deponer lo mismo que juraron contra su Nobleza en el pleyto de Hidalguia, no le empecen en la pretension de el Abito, ò Colegio, porque quedaron vencidos con la sentencia de Nobleza, como queda vencido todo lo que tiene incopatibilidad à la cosa juzgada.

26 ¶ Conduze para excluyr esta presumpcion ya deduzida en el Consejo, y para que no se buelva à deduzir en este juyzio la determinacion de la *l. si cum argentum, §. si stichum, ff. de except. rei iudic.* en cuya especie auiendo pedido vn litigante, que su contrario le entregara à Sticho, y Pãphilo, esclauos, que dezia eran suyos, y auiendosele dado por libre de esta demanda à el contrario, quiso despues pedirle vno de los dos esclauos, que era Sticho, y se le denegò por obstarle la cosa juzgada, en que ya le estauan denegados ambos esclauos, ibi: *Stichum tuum esse petas ab eodem, exceptionem obstare tibi constat.* Don Esteuan pidiò en el juyzio principal las dos haziendas, y bienes de Alonso de Eraso, y doña Maria Galindo, y en ninguna obtuuo: no en la de D. Maria, porque se le mandò dar à doña Estefania de Eraso; no en la de Alonso de Eraso, porque no pudo liquidar, ni prouar que tuuiesse bienes, y assi se le manda los liquide en la execucion de la sentencia: y estando dados por libres de su intencion los bienes de este mayorazgo, no liquidando los que sean de Alonso de Eraso; quiere como en la especie del texto pedir, si alli à Sticho el litigante, aqui don Esteuan la mitad de los bienes auiendosele denegado no liquidandolos, y assi se le responde con Pomponio, *in d. l. exceptionem obstare tibi constat.*

Obstale

27 ¶ Obstale assimismo, como cosa juzgada auerle mandado dar el Consejo à doña Estefania absolutamente la possession de los bienes de D. Maria Galindo, quando Don Estevan pretendia ser la mitad de los de este mayorazgo de Alonso de Eraso; porque por el mismo hecho de auerle mandado dar absolutamente la possession, se determinò que no constaua por presumpcion, ni por otros medios que huuiesse bienes de Alonso de Eraso: argum. text. *in l. si inter me, & te, ff. de exception. rei iudic.* ibi: *Si meam esse, nocebit tibi rei iudicatæ exceptio: quia eo ipso quod meã esse pronuntiatum est, ex aduerso pronuntiatum videtur tuam non esse.*

28 ¶ Para tener por bienes comunes de Alonso de Eraso, y doña Maria Galindo los de este mayorazgo, y darle la possession de la mitad dellos à Don Estevan, solo con la presumpcion en que se funda, era menester reuocar en todo la sentencia de el Consejo; pues no determina sobre otros bienes que sobre los que se liquidarẽ ser de Alonso de Eraso, y de estos, y no de la mitad de los de el mayorazgo manda darle la possession; porque solo declara por bienes de Alonso de Eraso los que D. Estevan liquidare: y quando la sentencia determina sobre algun presupuesto, ha de verificarse el presupuesto, ò no avrà determinacion que executar en la sentẽcia; ò si se executare sin prouar el presupuesto no serà executar la sentencia, si no reuocarla, executando contra lo que determina: ex glos. celebri, *in l. mancipia.* verb. *Aduocandum, C. de seru. fugitiu.* Garcia, *de coniugal. acquæst. nu.* 33. *&* 120. Surdo, *conf.* 135. *num.* 50. *& conf.* 150. *num.* 78. *tom.* 1.

29 ¶ Y aunque D. Estevan insiste, en que la diuision presumpta de estos bienes le sirva de liquidacion, y quiere que no estè despreciada por el Consejo, si no reservada para el Juez Executor de

la

la sentencia: esto contiene absurdo grauissimo, ê iniquidad en el derecho, por que no auia de dexar el Principe reseruada toda la substancia de la sentencia, que como queda prouado, consiste en esta liquidacion â el aduitrio de el Iuez Executor; por que por este medio le aprouechara â Don Esteuan la cosa juzgada que tiene contra si, y de la denegacion del Consejo en no auerle mandado dar la possession de la mitad de los bienes que auia querido se presumiessen de Alonso de Eraso, ni auersela mãdado dar de otros que de los que liquidasse; conseguiria si el Iuez Executor houiera de tener por liquidacion la dicha presumpcion ya vencida; que la sentencia que le excluye de los bienes que no prouare de Alonso de Eraso, le aprouechara para darle la possession de la mitad de los de este mayorazgo, sin prouar algunos: contra text. expres. *in l. euidenter, ff. de exception. rei indicat.* ibi: *Euidenter enim iniquissimum est proficere rei iudicatæ exceptionem ei contra quem iudicatum est.*

30 ¶ Que ayuda, ò adminiculo le ha dado à don Esteuan esta presumpcion que aora alega; demas de la fuerça que ella tenia quando la alegò repetidas vezes en el Consejo, y no le escusô de auer de liquidar quales bienes sean de Alonso de Eraso? Pues en que discurso cabe que ha de ser mas eficaz vna presumpcion solo alegada ante el Iuez Inferior Executor, que lo fue la misma alegada ante el Superior? Y que à de aprouechar vna misma razon, y hazer mas fuerça con el que executa que cõ el que manda?

31 ¶ Demas de que la calidad de liquidacion que se manda hazer por la sentencia, no dexa advitrio, porque dize realidad, como lo denotan las palabras, *se liquidaren*, que deuen verificarse cõ efecto: *l. 1. §. hac verba, ff. quod quisque iur.* entẽdidas natural, no ciuilmẽte, *l. fin. C. de his qui ven. atat. l. Statius Florus, §. Cornelio Fœlici, ff. de iur. fisc.*

fisc. Y la palabra, *Se liquidaren*, no solo requiere prouança, sino prouança plena, y euidente; que con otra, ni menos con presumpcion, no se liquida. Domin. Vel. *dissert.* 38. *tom.* 2. *num.* 70. *circ. med.* ex doctrin. Bart. *in l. ait Prætor* 5. §. *si iudex*, *num.* 7. *ff. de reiudic.* qui loquitur in sententia conditionali, concepta his verbis, si probaberit; ad cuius existentiam requiritur plena probatio, ibi: *Præterea in illa conditione intelligitur, si probatum est, scilicet legitimè.* Porque las palabras se deuen entender in potiori significatu, & secundum sensum grammaticalem: *l.* 1. §. *si is qui nauem, ff. de exercit. act.* Præcipuè, siendo palabras de Consejo supremo, q̃ deuen entenderse como suenan, & nihil extrinsecè supplendum, quia strictissimè interpretanda sunt; vti Dom. Valenç. Velazq. *cons.* 86. *num.* 45. *&* 47. *tom.* 1. Et interpretationem extraneam, & remotam à sensu, & significatione verborum, tamquam in congruam, & minimè verbis sententiæ, & rei, de qua agitur conuenientem facere executorem, non patitur. Dom. Salgad. *de Reg. protect.* 4. *part. cap.* 12. *num.* 46.

32 ¶ La sentencia requiere para probar los bienes de Alonso de Eraso, liquidarlos en la execucion de la carta Executoria, ibi: *Sean los que en execucion de la carta Executoria desta sentencia se liquidaren.* Y la presumpcion con que quiere liquidarlos don Esteuan, no nace aora, ni resulta de los autos deste juyzio de liquidacion, que està produzida, y alegada desde el principio del pleyto principal, como de las Executorias consta, y aun no estãdo, como no està, desestimada por el Consejo, no se puede verificar la calidad de liquidar què contiene la sentencia, cõ prouança, ò presumpcion que aya antecedido; porque la dicha calidad de liquidar, està puesta en tiempo de futuro, ibi: *Se liquidaren*, & debet intelligi secundum tempus verbi: *l. in delictis*, §. *si extraneus, ff. de noxal. act.* Surd. *cõs.* 335. *num.* 20. *&* *cons.* 375. *num.* 37.

33 ¶ Bien claramente quedò elidida por la sentencia del Consejo la presumpcion que aora repite don Estevan, y que no le favorece la decision de la *ley 1. tit. 9. lib. 5. Recop.* Porque *los bienes que fueron de Alonso de Eraso* (dize la sentencia) *sean los que en execucion de la Carta Executoria se liquidaren.* Y si huvieran de ser los que dispone la ley (que es lo que intentò, y buelve a refricar don Estevan) no dixera la sentencia que sean los que se liquidaren, pues ya la ley los tenia liquidados en la mitad; y assi, con mandar que se liquidassen, declarò q̃ la liquidacion presumpta de la dicha ley, no procede en este caso; porque declarando lo consequente, se declara lo antecedente: *l. ad rem mobilem, ff. de procuratoribus, cum vulgat.* Y la diccion, *Sean*, referida *à los bienes que fuerõ de Alonso de Eraso*, que corresponde â la diccion Latina, *Sint*, no significa existẽcia efectiva, ni obra ipso iure, como obrara la ley, si por su disposicion se huvieran de regular y liquidar estos bienes. Dom. Gregor. Lop. *in l. 55. tit. 5. partit. 5. glos. 2.* ibi: *Sed verbum (sint) est præsentis temporis subiũctivi, & nõ significat ipso iure: cap. si diligenti, de foro competent.* & per DD. *in l. criminali, C. de iurisdict. omn. iudic.* Roderic. Suar. *in l. 1. tit. de las ganancias, num. 58.* Gutierr. *pract. lib. 2. quæst. 118. num. 11.* ibi: *Sed verbum (sint) est præsentis temporis subiunctivi, quod non significat ipso iure.* Y no significando por derecho, con la diccion, *Sean*, declara la sentencia, que los bienes que fueron de Alonso de Eraso, no son la mitad de los de este mayorazgo, como lo significa la ley, y declara que *Sean* los que en execucion de la Executoria, *Se liquidaren.*

34 ¶ La ley no presume absolutamente lo que don Estevan quiere que presuma; porque aũque tiene por bienes comunes entre marido, y muger todos los que huvieren tenido los dos, limita esta presumpcion en los bienes que se provare ser de alguno dellos, ibi: *Salvo los que provare cada uno*

que

que son suyos apartadamente; que tambien excep-
tuo a la *ley* 203. *del estilo*, de donde se copiô la de la
Recopilacion. La presumpcion de la dicha ley (que
solo procede en caso dudoso) cessa auiendo prouan
ça, como la ay por doña Estefania, de auer sido to-
dos estos bienes de doña Maria Galindo, como ex-
pressamẽte lo determina la dicha ley, *saluo los que
probare, &c.* Y aun no auiendo prouança tan ple-
na, bastarâ las presumpciones que resultan en fauor
de la dicha doña Estefania, para eneruar la de la ley,
vt in terminis tenet Matienç. *in dict. l.* 1. *tit.* 9. *lib.*
5. *Recopil. glos.* 1. *num.* 4 ibi: *Limita; nisi ex parte
mulieris adesset alia violentior præsumptio, quod
ex bonis suis, vel aliundè quæsierit secundum An-
ton. Sicul. cap.* 1. *de pecul. cler. Fortior enim præ-
sumptio elidit aliam: l. Diuus, ff. de in integr. res-
tit. l. cum de indebito, ff. de probat. cap. litteras, de
præsumptionibus, & ibi notat Bald. Felin. in cap.
cum in tua, de testibus: veluti si mulier tempore
nuptiarum erat diues* (que es nuestro caso) *& ac-
cepit maritum pauperem.*

35 ¶ Aun la presumpcion que por derecho antiguo de los *ff. in l. quintus Mutius, de donat. inter vir.* Y del *Cod. in l. etiam, eod tit.* Atendiẽdo mas al credito que al interesse de la muger, tenia en duda todos los bienes por del marido, que se abrogò primero por la costumbre, y despues por la *ley* 203. *del estilo*, que es la misma presumpcion que conformandose con el Derecho comun repite la *l.* 2. *tit.* 14. *partit.* 3. derogada ya por la dicha *l.* 1. *tit.* 9. *lib.* 5. *Recop.* exceptuaua el caso en que huuiesse prouança, y pudiesse constar de quienes eran los bienes, vt *in dict. l. quintus Mutius*, ibi: *Quod nõ demonstratur vndè habeat.* Et in *dict. l. etiam*, ibi: *Quod cum probari non possit, vndè vxor matrimonij tempore honestè quæsierit.* Et in *dict. l.* 2. *tit.* 14. *partit.* 3. ibi: *E si desto no pudiere dar prueua.* Et paulò inferius: *E deuen ser oidas las razones de ellas, è de los herederos.* Porque qualquiera presump

cion

cion cede a la verdad: *l. cum de indebito, ff. de probationib. l. fin. ff. de eo quod met. causa, cum vulgat.*

36 ¶ Quiere don Estevan de Eraso, auiendosele opuesto el defecto de la liquidacion, como precisa, y preuia para el cumplimiento de la Executoria, que la dicha doña Estefania de Eraso que le opone esta excepcion, diziendo, q̃ no consta quales bienes sean de Alõso de Eraso; prueue como fundamento de su excepciõ, y contradiciõ quales bienes son de doña Maria Galindo, porq̃ no parece ay mas razon para que prueue don Estevan lo vno, que para que doña Estefania prueue lo otro; y valdrase para esto de las doctrinas vulgares, quod reus in exceptionibus sit actor.

37 ¶ Pero ay en este caso diferencia, y razon fortissima para lo vno, y no para lo otro, y la refiere en terminos Surd. en el *cons. 186. per tot.* præcipuê, *num. 26. lib. 2.* adonde pretendiendo Horacio Cocarella todo vn Massaricio que le auia donado su abuelo materno, contradiziendolo Horacio Rocio, posseedor de todos los bienes del donante, huuo sentencia del Senado, mandando entregarle a Cocarella el dicho Massaricio donado: *Quatenus* (dize la sentencia, y la refiere Surd. *num. 1.*) *ex liquidatione facienda in sententia executione bona, non appareant excecisse venciam bonorum donantis.* Y no pudiendo Cocarella probar en la execucion de la sentencia lo limitado en ella; y contradiziendole Bocio la possession del Massaricio, hasta que liquidasse no exceder la vncia de los bienes de su abuelo, le replicô Cocarella lo mismo que don Estevan replica â doña Estefania: y que pues contradezia que no cauia el Massaricio en la dicha vncia, deuia probarlo; y resuelve Surd. *dict. num. 26.* que esta contradicion, ni lo es, ni excepcion, sino alegacion, y que assi no necessita de prueua; y que â quien le incumbe, es, a quien quiere la possession de los bienes, que es quien deue probar que no ex-

ce-

ceden de la vncia, como aqui prouar que son de Alõso de Eraso, ibi: *Respondeo secundo quod exceptio, quæ opponitur per D. Bocium, non requirit altiorem indaginem, nec eget probatione: dicit enim non constare, quod Massaritium non excedat unciã, uti à sententia requiritur, imò non est propria exceptio.* Porque la llama defension, y excepcion *intẽtionis deficientis*, segun Bald. *in l. peremptorias, n.* 27. *C. sentent. rescind. non posse*: & quod est allegatio, non exceptio, & iudex, ex officio ita debet opponere, & tunc agens, non tam ab alio repellitur, quam se ipsum repellit. Y concluye el Consejo, ibi: *Ita ego quando D. Bocius opponit, quod non constat an Massaritium excedat untiam, non tenetur aliquid probare, & destruit hac exceptio intentionem Gocarella agentis; & hoc est, quod inquit Socin. in dict. cons. 67. num. 15. & seqq. Dum ait eo ipso probari suam exceptionem, ex quo actor contrarium non probauit.*

38 ¶ Defiendelo en los mismos terminos de liquidacion el señor Salg. *part.* 4. *de Reg. protect. dict. cap.* 13. *num.* 40. Porque don Estevan se hiere con sus mismas armas, y con su sentencia se obliga a probar la exclusion de la excepcion de doña Estefania, ibi: *Et facit, quia si actor in actione includit, & deducit simul exceptionem, suo ligone se percutit, eique incumbit onus probandi exclusionem exceptionis, ita eleganter Ferret. cons.* 53. *num.* 11. *Casiodor. decis.* 10. *nu.* 10. *de rescript. Maresc. variar. resol. lib.* 2. *c.* 1. *n.* 34.

39 ¶ Pero aun quando necessitara de prouar, doña Estefania tiene prouado en este juyzio cõ la presentacion de las prouanças que se hizieron en el principal que se siguió en el Consejo, que todos los bienes deste mayorazgo fueron de doña Maria Galindo; y esta prouança es tan exuberante, y tan libre de sospecha, que en los terminos de liquidaciõ reseruada en que estamos, no se halla otra tan mayor, vt expressẽ & indiuidualiter defendit D. Salg.

 de

de Reg.protect.4.part.cap.10.num.132. que es lugar decisiuo deste articulo, y por esta razõ se copia.

40 ¶ *Illud tamen generaliter in materia liquidationis prae oculis habere debes: vt testes instrumenta, & aliae omnes probationes, quae in iudicio principali fuere adductae, & praesentatae pertinētes ad liquidationem, puta quia illis verificatum est specialiter, quod & qualia bona in haereditate remanserint tempore mortis defuncti, vel quae res sint pertinentiae, &c. Rectè possunt iterum reproduci* (que es lo que â hecho doña Estefania) *in liquidatione, & via executiua cartae executoriae, & omninò prosunt, vt loquendo in iudicio petitionis haereditatis, & in executione sentētiae vniuersalis latae super eadem exactius comprobat, & prosequitur Afflict.decis.35.per tot. imò tenet quod propter periculum subornationis (quod etiam in hoc iudicio liquidationis locum habet) liquidatio facienda est per antiqua acta, testes & probationes (si qui sunt testes) & non ex nobis propter dictum periculum.*

41 ¶ El cõcepto que se deue hazer en este litigio de las dos Executorias que en el estân acumuladas, es, que el Consejo en las dos sentencias incluye sola vna disposicion explicada en dos determinaciones, mandando que de los bienes deste mayorazgo se le dê la possession â doña Estefania de Eraso, y que se le de a don Esteuan de los bienes que constare, y prouare auer sido de Alonso de Eraso, juntando para esto las dos sentencias, como vna sola decisiõ; pues no solo no repugnan, sino tienen consonancia grande; y para euitar qualquiera contrariedad, quia cõtrarietas in omni dispositione vitanda est: *l. vbi repugnantia, ff. de reg. iur. cap. inter dilectos, de fide instr. cum vulg.* Se deuen entēder en este sentido, y cõ entendimiento consonãte de vna cosa juzgada con otra, pues las dos son vna misma; y no pudierã ser diuersas, porque no se deue creer de vn Consejo tan grande sentencia, y cosa juzgada contra cosa juzgada en vn mismo negocio: de que resulta, que

lo

lo que se manda por el Consejo en vna, y otra sentẽcia, es, dar la possession a don Esteuan de los bienes que se liquidare de Alonso de Eraso, y en todos los demas a doña Estefania, como la tiene.

ARTICVLVS II.

42 DON Esteuan de Eraso, para contradezir la possession que doña Estefania de Eraso tiene de los bienes deste mayorazgo, executada en virtud de sentencia del Consejo, no litiga con accion, & sine ea nemo experitur in iudicio, ex iuribus vbique notat. Porque si contradize possession que se le aya dado de bienes de doña Maria Galindo, le obsta la cosa juzgada de la Executoria, librada à fauor de doña Estefania; y si possession de bienes de Alonso de Eraso no possee algunos D. Estefania que fuessen suyos, como queda ponderado en el discurso de todo el primero Articulo; porque todos se prueua fueron de doña Maria Galindo, ni prueua don Esteuan que possea bienes de Alonso de Eraso, y assi, no ay bienes en que se sugete su contradicion: demas, de que tambien le obsta para hazerla su misma Executoria; pues si aun para darle la possession de bienes algunos, â de liquidar los que fueron de Alonso de Eraso; como sin tener derecho para posseer algunos, à de tenerlo para contradezir la possession de todos? Passandose a molestar a quien los possee, sin auer determinacion para que pueda posseer don Esteuan, intento que reprueua la *l. 1. C. de execut. rei iud.* vt per Dom. Valenç. Velazq. *cons. 58. ex num. 13. & 19.*

43 ¶ Aunque esta razon bastaua para excluir la de la contradiciõ de don Esteuan, y para declarar como està pedido, que se le â de mandar no la prosiga; se le conuence tambien cõ otra, porque en virtud de su Executoria, adonde no se extiende la comission a otra cosa, que a darle possession de los bienes que liquidare auer sido de Alonso de Eraso,

no puede hazer contradicion a los que doña Estefania possee, porq̃ fuera excesso notorio, y fuera preposterar el orden, passandose de la liquidaciõ de los bienes de Alonso de Eraso, a conocer de la possessiõ de los que de doña Maria Galindo tiene la dicha doña Estefania; y esta preposteracion fuera excesso de re ad rem de vnos bienes a otros, que no se permite, *vt per D. Salg. 4. p. c. 3. ex n. 72.*

44 ¶ Demas, de que estando posseyendo doña Estefania en virtud de sentencia del Consejo ya executada; la possessiõ suya se incorporò con la Executoria, y es parte integral della, que no se puede impugnar, como ni la dicha Executoria, vt per Dom. Salg. *p. 4. c. 10. ex n. 14. cum seqq.* præcipuê, *num.* 28. Y solo se pudiera recurrir al Consejo, si huuiera excedido, ò hecho injusticia el Iuez que apossessionò a la dicha doña Estefania, vt per D. Salgad. *dict. 4. part. de Reg. protect. c. 4. n. 2. & 3.*

45 ¶ Quo fluit, que enquanto al primero articulo formado, se à de mandar que don Esteuan de Eraso vse de la sentencia, y Executoria del Consejo que està obedecida, y liquide como por la dicha sentencia se manda: y en quanto al segundo Articulo, se à de declarar no deuersele admitir la contradicion intentada contra la possessiõ que la dicha doña Estefania tiene, por no ser de este juyzio, mandandole no la prosiga en el. Et ita futurum speramus, salvo in omni D. V. C.

Licenc. D. Alonso Romero.